

## DE BESTRIJDING VAN DE ONEERLIJKE MEDEDINGING IN DE EERSTE DECENNIA VAN DE 20E EEUW:

Het Duitse recht als voorbeeld voor de Nederlandse rechtsbeoefening

Mundus vult decipi  
decipiatur ergo

### 1 Inleiding

Frankrijk en Duitsland vormden in de 19e eeuw de polen, waarop de Nederlandse rechtsgeleerden zich oriënteerden. Dit beeld veranderde niet wezenlijk in de eerste decennia van onze eeuw. De aandacht voor het Duitse recht kreeg echter een extra impuls door de inwerkingtreding van het Duitse Burgerlijk Wetboek, het BGB, op 1 januari 1900. De bekrachtiging van dit wetboek door de Duitse keizer in 1896 gaf de stoot tot een artikelenreeks in het *Weekblad van het Recht (W)* en het *Weekblad voor Notaris-ambt en Registratie (WNR)* over de succesvolle afronding van de Duitse privaatrechtelijke codificatie in historisch perspectief en het falen van de Nederlandse pogingen.<sup>1</sup> Het BGB in de bewerking van de Duitse rechtswetenschap en in de jurisprudentie van het Reichsgericht is in de daaropvolgende jaren een vruchtbare inspiratiebron geworden voor de bewerking en de ontwikkeling van ons Nederlandse recht.

Eén van de problemen die rond de eeuwwisseling in geheel Europa speelde, was het vraagstuk van de oneerlijke mededinging. De Duitse wetgever heeft dit euvel krachtig proberen te bestrijden door een wet uit 1896, 'Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes'. Vanaf 1900 werden tevens de fonkelnieuwe onrechtmatige daadsbepalingen uit het BGB tegen het blijkbaar nog steeds uitdijende kwaad ingezet. De Duitse wijze van bestrijding is in Nederland nauwkeurig (na)gevolgd. Maar er was meer. Bij ons leidde het vraagstuk van de ongeoorloofde concurrentie tot de brandende kwestie van de al dan niet ruime uitleg van art. 1401/1402 Oud-BW (OBW).<sup>2</sup> In het verlengde hiervan kwam vervolgens - in een niet minder fel debat - de verhouding tussen de wetgever en de rechter en de vrijheid van de rechter ten opzichte van de wet ter sprake. De grote protagonisten waren de *Utrechtse* hoogleraren in het handelsrecht resp. strafrecht W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931) en D. Simons (1860-1930).

In deze bijdrage wil ik laten zien in hoeverre de Duitse wetgeving en rechtspraak inzake de bestrijding van de oneerlijke mededinging en ook de kritiek hierop in de

---

1. W. 1896, nrs. 6757, 6758, 6761 en 6825. H.J. Hamaker, 'Het nieuwe Deutsche Burgerlijk Wetboek', in: *WNR* 1896, nr. 1409 en 1897, nrs. 1410-1412.

2. Zie G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*, Deventer 1986, p. 138 e.v.

Nederlandse discussies hun sporen hebben nagelaten. In de volgende paragraaf bespreek ik daarom allereerst kort het Duitse recht op dit gebied. Voorts komen de Nederlandse pogingen tot beteugeling van de oneerlijke concurrentie *in het licht van het Duitse recht* ter sprake. Hierbij wordt aandacht besteed aan de toenmalige discussies in ons land over de rechtsvorming.

## 2 *De Duitse wetgeving en rechtspraak inzake de bestrijding van oneerlijke mededinging*

Het is voor het doel van dit artikel niet noodzakelijk om de Duitse wet van 1896 in detail te bespreken. Er kan worden volstaan met een korte karakterschets. De wet richtte zich - zo kan men stellen - in hoofdzaak op de bestrijding van de oneerlijke reclame, de misleiding van het publiek tot eigen voordeel door het doen van onjuiste mededelingen over de kwaliteit van de waren, de prijsstelling, e.d. van anderen (§ 1). Daarnaast werden maatregelen getroffen tegen kwaadsprekerij (§ 6: Üble Nachrede) en het stichten van verwarring met betrekking tot de merknaam of de kredietwaardigheid van een bedrijf (§ 8).<sup>3</sup> Er was dus geen sprake van een algemene bepaling of 'Generalklausel' met behulp waarvan de oneerlijke concurrentie werd aangepakt, maar de ongewenste gedragingen stonden specifiek in de wet opgenomen. Indien zich een van de verboden gedragingen voordeed, kon dat tot een civiele en/of een strafvordering aanleiding geven. De strafbare feiten waren klachtdelicten; de maximum gevangenisstraf was een jaar. De wet bevatte dus bepalingen van straf- en burgerlijk recht. Nieuwigheden op het terrein van het burgerlijk procesrecht waren de bevoegdheid van de rechter om een verbod op toekomstig onrechtmatig gedrag uit te spreken en om een dwangsom op te leggen. In een bijzondere bepaling werden de werknemer die bedrijfsgeheimen onthulde en degene die aan een werknemer bedrijfsgeheimen 'durch eine gegen das Gesetz oder die gute Sitten verstößende eigene Handlung' ontlokt had, strafbaar gesteld (§ 9).<sup>4</sup>

Uit het bovenstaande overzicht komt naar voren dat een aantal specifieke vormen van oneerlijke mededinging via de wet van 1896 kon worden aangepakt. Toch leerde al spoedig de ruwe dagelijkse werkelijkheid dat tevergeefs gepoogd was een afdoende opsomming van de te bestrijden gedragingen te geven. De oneerlijke mededinging bleek een waardige evenknie van Proteus: zij was - evenals de Griekse zeegod - in staat in iedere door haar gewenste gestalte in het maatschappelijke leven op te duiken. Enig soelaas tegen dit

---

3. Zie in § 1 ten aanzien van oneerlijke reclame: '...über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, die Herstellungsart oder die Preisbemessung von Waaren oder gewerblichen Leistungen, über die Art des Bezuges oder die Bezugsquelle von Waaren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlaß oder den Zweck des Verkaufs unrichtige Angaben thatsächlicher Art macht...'; § 6 betreft kwaadsprekerij en § 8 regelt de gevolgen van het stichten van verwarring: 'Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise benutzt, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen...'.  
4. Zie voor een overzicht van deze wet: E. Müller, *Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des Unlauteren Wettbewerbes vom 27 Mai 1896*, Furth 1896.

veelkoppige monster bood § 826 BGB:

Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

Deze bepaling gaf de rechter de mogelijkheid vormen van oneerlijke concurrentie die hij in strijd oordeelde met de goede zeden, aan te pakken.<sup>5</sup> Het vereiste dat aan een effectieve toepassing van deze bepaling in weg stond, was dat van de opzet. Degene die als gevolg van oneerlijke concurrentie namelijk schade had geleden, moest aantonen dat de schadetoebrenging opzettelijk ('vorsätzlich') was gebeurd, wat in de praktijk van het handelsverkeer niet eenvoudig bleek. De Duitse rechter bleek echter niet voor één gat te vangen en hij zocht aansluiting bij § 823 I BGB:

Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

De woorden 'sonstiges Recht' waren voor het Reichsgericht het aanknopingspunt voor de ontwikkeling van een nieuw recht: 'das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb', een zogenaamd recht op de onbelemmerde uitoefening van het bedrijf. Degene die door schuld of opzet schade toebrengt aan de in een bepaalde onderneming samengebrachte vermogensbelangen, was onder bepaalde voorwaarden schadeplichtig. Over het karakter van dit 'sonstige Recht' is in de Duitse literatuur veel te doen geweest. Josef Kohler (1848-1919) zag dit recht als het uitvloeisel van een 'persoonlijkeidrecht' dat ieder individu op al zijn lichamelijke en geestelijke goederen heeft. Ook een bedrijf is als een afsplitsing van een bepaald persoon een deel van zijn persoonlijkheid.<sup>6</sup> Wat er verder van deze theorie ook zij, het Reichsgericht volgde in zijn beroemde *Jutefaser*-Entscheidung van 1904 Kohlers opvatting niet. Wel erkende hij expliciet in deze uitspraak naar aanleiding van het feit dat een producent aan een concurrent de nabootsing van een - naar later bleek - niet bestaand gebruiksmodel voor textiel had ontzegd, het bestaan van een 'Recht am Gewerbebetrieb', dit in aansluiting bij oudere rechtspraak.

'[In der Rechtsprechung des Reichsgerichts] ist auch bereits ausgesprochen, daß die Theorie, welche hier [§ 823 I] in noch nicht abgeschlossenem Umfange besondere Persönlichkeits- oder Individualitätsrechte construieren will, als Grundlage für die Auslegung des Gesetzes nicht geeignet erscheine. Auf diese Frage braucht indessen hier nicht weiter eingegangen zu werden. Denn, daß, im Gegensatze zu der rechtlichen

---

5. Vgl. voor voorbeelden Fuld in *Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ)* XIII (1908), kol. 284 e.v.

6. Zie bijv. J. Kohler, 'Der Rechtsgrund des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb', in: *Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz* 1895, p. 109 e.v.; J. Kohler, *Der unlautere Wettbewerb. Darstellung des Wettbewerbsrechts*, Berlijn en Leipzig 1914, p. 21 e.v.



Möglichkeit, ein beliebiges Gewerbe zu betreiben, wie sie der § 1 Gewerbeordnung allgemein gewährt, an dem bereits eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein subjektives Recht anzuerkennen sei, das unmittelbar verletzt werden könne, ist schon in mehreren Entscheidungen verschiedener Senate angenommen worden.<sup>7</sup>

Het nieuwe leerstuk was vanaf zijn prille begin van erkenning door het Reichsgericht onderhevig aan kritiek. Volgens een deel van de literatuur miste dit 'Recht am Gewerbebetrieb' het karakter van een 'sonstiges Recht', zoals eigendom, lichaam of gezondheid dat wel hadden. Het 'Recht am Gewerbebetrieb' kon juist niet bij uitsluiting aan iemand tegenover een derde toegekend worden. Dit moest zich iedere keer bewijzen in zijn verhouding tot anderen. Het recht op de ongestoorde uitoefening van het bedrijf verhinderde bovendien gezonde concurrentie. Nieuwkomers op een bepaalde markt werd het veel te moeilijk gemaakt.<sup>8</sup>

Tot slot van dit overzicht dient vermeld te worden dat het BGB ook nog een specifieke bepaling die betrekking had op de zogeheten 'Kreditgefährdung', kende. De betreffende § 824 I BGB luidt als volgt:

Wer die Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muß.

Ondanks het feit dat de Duitse rechter met §§ 823 I, 824 I en 826 BGB genoeg wapens in handen leek te hebben om de oneerlijke mededinging op doeltreffende wijze te bestrijden, besloot de wetgever toch in te grijpen. De wet van 1896 werd aangepast.<sup>9</sup> De opvallendste wijziging betrof het nieuwe artikel 1, een 'Generalklausel', dat in uitwerking sterk leek op § 826 BGB, maar waarin - juist in tegenstelling tot § 826 - het opzet vereiste ontbrak.

Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

Wie deze bepalingen overziet, bemerkt dat de rechter een grote vrijheid had gekregen om de oneerlijke mededinging te beteugelen. Op deze ruime rechterlijke bevoegdheden kon kritiek niet uitblijven. Met name een artikel van P. Oertmann (1865-1938) heeft de nodige bekendheid verworven. Oertmann hekelde bijvoorbeeld de werking van § 826 BGB. Hij

---

7. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)* 58 (1905), p. 29. Zie voorts *RGZ* 64 (1907), p. 52 e.v. en *RGZ* 94 (1919), p. 248 e.v.

8. Deze kritiek wordt tegenwoordig verwoord door K. Larenz-C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, II-2*, München 1994, § 81. Neutraler van toon: E. Deutsch, *Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz und Schmerzensgeld*, 3. Aufl. (1995), Rz 198-201; D. Medicus, *Schuldrecht II*, 7. Aufl. (1995), Rz 818-821.

9. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb van 7 juni 1909.



vreesde dat sociaal-politieke kwesties via de toetsing aan de goede zeden het recht zouden binnendringen. Daarom prees hij het Reichsgericht, dat in ijzeren consequentie uitwassen had weten te weren. Hij hoopte dat de rechter op de vaste bodem van het recht zou blijven. Anders zou het recht het slachtoffer worden van rechterlijk subjectivisme.

‘Zwar die Verehrer der Freirechtsschule dürften es mit Genugtuung empfinden, wenn auf dem Umwege über die Moralegebote allerlei naturrechtliche Konterbande ihren Einzug hält in die geheiligten Gefilde der positiven Rechtsordnung. Aber wer mit uns in solcher Freirechtleri den Tod aller Rechtssicherheit, die Rückkehr zu einem reaktionären Absolutismus unerträglichster Art sieht, dem wird bei einer Auslegung des Gesetzes nimmer wohl werden, die das nach Ansicht des Auslegers Seinsollende kurzerhand in das bereits Seiende hineinträgt.’<sup>10</sup>

Oertmann stond niet alleen in zijn afkeer van de vrijrechtsbeweging en zijn hameren op rechtszekerheid.<sup>11</sup> Wij komen in de volgende paragraaf over de Nederlandse situatie deze zienswijze ook veelvuldig tegen.

### 3 *De Nederlandse discussies en wetsvoorstellen ter bestrijding van de oneerlijke concurrentie*

#### 3.1 Molengraaff, zijn medestanders en zijn opponenten

Het is Molengraaff geweest die als eerste in de Nederlandse juridische literatuur de bestrijding van de oneerlijke mededinging aan de orde heeft gesteld. Naar zijn mening bestond er in zijn tijd grote behoefte aan een krachtige repressie van deze uitwas. De *sedes materiae* van dit vraagstuk was volgens hem in ons recht art. 1401 OBW. Wilde aan de ongeoorloofde concurrentie geen vrijbrief uitgereikt worden, dan diende men dit artikel ruim uit te leggen. De Hoge Raad was in 1883 juist een andere weg ingeslagen.<sup>12</sup> Die moest naar Molengraaffs mening dan ook snel worden verlaten. Onder onrechtmatige daad mocht niet alleen ‘in strijd met des daders rechtsplicht of inbreuk maken op eens anders recht’ worden verstaan. Molengraaff formuleerde als juiste interpretatie van de wet - teneinde dus de schadeplichtigheid voor overtreding van tal van regels van meer zedelijke aard, van voorzichtigheid en van eerbied voor een anders persoon, goederen en arbeid onder woorden te brengen - het al spoedig befaamd geworden criterium:

---

10. P. Oertmann, ‘Gute Sitten und Sozialpolitik’, in: *DJZ* XVI (1911), kol. 435 e.v.

11. Zie bijv. K. Scharten, ‘Gesetz und Richter’, in: *DJZ* XVI (1911), kol. 1014. Zie bijv. ook Düringer, *Richter und Rechtsprechung* (1909) en A. Sturm, *Die Materie des Rechts. Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre* (1911). Zie reeds eerder tegen een grote rechterlijke vrijheid: E. Landsberg, ‘Das Entgegengesetzte Extrem?’, in: *DJZ* X (1905), kol. 925.

12. HR 6 april 1883 (W. 4901) en HR 29 juni 1883 (W. 4927). De lagere rechtspraak heeft in de meerderheid der gevallen tot 1905 de HR niet gevolgd. Zie Van Maanen, *Onrechtmatige daad*, p. 135 e.v.

‘Hij die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden, die derden daardoor lijden.’<sup>13</sup>

Molengraaff wees erop dat deze uitlegging voldeed aan de onafwijsbare eisen van een gezond rechtsleven in een wél geordende staat. De gelijkstelling van onrechtmatig met onwetmatig zou tot onhoudbare, het rechtsgevoel kwetsende, demoraliserende resultaten leiden.<sup>14</sup>

Het pleidooi van Molengraaff voor de bestrijding van de oneerlijke mededinging via een ruime uitleg van art. 1401 OBW bleef niet onbeantwoord. De eerste, die het zwaard aangordde, was de Groninger hoogleraar N.K.F. Land (1840-1903). Zijn kritiek werd merkwaardig genoeg later wat obscuur, hoewel hij toch de toon zou zetten. Land betwijfelde, of de rechter bekwaam was om goed recht te *vormen*. Het verbeteren van de wet eiste immers kennis van de maatschappelijke omstandigheden en van het recht zelf. Over deze kennis beschikten slechts weinigen: het leerstuk van de onrechtmatige daad was daar bovendien te uitgebreid en te ingewikkeld voor. Het criterium van Molengraaff achtte hij bedenkelijk, want te algemeen en onbepaald. Liep de ‘gewone’ mens ook niet het gevaar dat meer van hem verlangd zou worden dan verwacht kon worden? Het zou dus van wijs beleid getuigen, indien de rechter binnen de door de wetgever gestelde grenzen bleef en de wetgever dergelijke grenzen stelde.

‘Maar de rechtszekerheid vordert, dat ieder weet wat van hem verlangd wordt en wat aan hem wordt toegezegd, dat het rechterlijk vonnis zoo zal vallen als vooraf kan worden voorzien. Ook eene minder goede wet heeft het voordeel, dat men er zijne gedragingen naar regelen kan, terwijl eene uitspraak des rechters volgens eigen inzicht omtrent hetgeen, hetzij in het algemeen, hetzij voor dit bijzondere geval, rechtvaardig is, niet anders dan onberekenbaar kan zijn.’<sup>15</sup>

De opdracht aan de rechter om over het bestaan van een verbintenis uit onrechtmatige daad te beslissen naar de maatstaf der sociale moraal, stuitte volgens Land op het probleem dat kennis over de algemene opvattingen op dit punt moeilijk was te krijgen. Evenzeer ontbrak de eenstemmigheid van oordeel ten aanzien van wat volgens de moraal toegelaten was of niet, een bezwaar dat eveneens in Duitsland was aangevoerd tegen de ‘gute Sitten’ als potentieel strijdmiddel tegen de oneerlijke concurrentie in (toen nog) het ontwerp van § 826

13. W.L.P.A. Molengraaff, ‘De “oneerlijke concurrentie” voor het forum van den Nederlandschen rechter, tevens een bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 B.W. en van de Wet op de handel- en fabrieksmerken’, in: *Rechtsgeleerd Magazijn (RM)* 1919, p. 386.

14. Molengraaff, ‘De “oneerlijke concurrentie”’, p. 392. Hij grondde zijn ruime uitleg van art. 1401 OBW op R. Jhering, ‘Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen’, in: *Jahrbücher für die Dogmatik* 23 (1885), p. 155 e.v. Hij vermeed zelf de constructie van het ‘persoonlijkheidsrecht’ van Kohler, maar hij meende dat voor hen, die een dogmatische onderlaag voor art. 1401 onontbeerlijk achtte, in deze theorie veel aantrekkelijks school (p. 393).

15. N.K.F. Land, *Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad*, Haarlem 1896, p. 58 e.v. (p. 77).

BGB.<sup>16</sup>

Het zal in het licht van het bovenstaande niet verbazen dat Land ten aanzien van de beteugeling van de oneerlijke mededinging een andere weg koos dan Molengraaff. Hij wees op de ervaringen in Frankrijk en Duitsland, die duidelijk maakten dat de dagelijkse praktijk de uitvoering bemoeilijkte. De Franse oplossing via een ruime uitleg van art. 1382 Cc liet de rechter te veel vrijheid. Ook al was de gang van zaken rond de recente Duitse wet van 1896 weinig bemoedigend, toch diende deze weg ook bij ons ingeslagen te worden: het was de meer betrouwbare weg van rechtsvorming door aanvulling van het positieve recht. Welke middelen 'immoreel' of 'oneerlijk' zijn, behoorde door de wetgever in een aparte wet, niet door de rechter aan de hand van een algemene bepaling als art. 1401 van geval tot geval, bepaald te worden. Het gevaar, dat de rechter weliswaar niet onberispelijke maar toch niet schadelijktig te achten handelingen onder de werking van art. 1401 OBW zou brengen, was niet geheel en al denkbeeldig. Dit zou funest zijn voor een gezonde concurrentie.<sup>17</sup>

Molengraaff werd in 1902 opnieuw van antwoord gediend, ditmaal door zijn collega Simons in een lang artikel dat tot de canon van de te citeren literatuur over de onrechtmatige daad zou gaan behoren. Laatstgenoemde wenste onverkort vast te houden aan de wijze waarop de Hoge Raad 'onrechtmatig' uitlegde: er is slechts sprake van onrechtmatig handelen, indien een uitdrukkelijk door de wetgever gesteld verbod is overtreden of een gebod niet is nageleefd of wanneer de handeling in strijd is met een door de wet erkend zakelijk of persoonlijk recht van een ander. Hij had de consequenties van zijn keuze goed doordacht.

'En al erken ik, dat deze eisch er toe zal kunnen leiden, dat bij menige zedelijke afkeurenswaardige handeling de door haar toegebrachte schade onvergoed zal blijven, de vraag mag worden gesteld, of dit offer te groot is tegenover den daarmee verkregen waarborg voor onze individueele vrijheid.'<sup>18</sup>

De omschrijving van Molengraaff leverde volgens Simons niet een voor de rechter bruikbaar criterium op. De justitiabele was aangewezen op het subjectieve inzicht van de rechter over wat hij zelf als geoorloofd of verboden zag. De wetgever deed dus afstand ten behoeve van de rechter, maar ten detrimente van de rechtszekerheid. De grenzen tussen recht en moraal werden namelijk volledig weggevaagd, vooral bij niet-handelen. Instemmend citeerde hij de kritiek van de Duitse strafrechtsjurist Fr. von Liszt (1851-1919) op § 826 BGB die naar zijn mening ook opging voor de ruime uitleg van art. 1401 OBW: beide bepalingen waren een gevaar voor de rechtszekerheid en de eenheid van de rechtspraak. Ook herinnerde Simons aan de waarschuwing van Liszt dat het onrechtmatig achten van het niet-nakomen van de verplichting om iets te doen wat de goede zeden volgens § 826 BGB (oftewel volgens een

---

16. Land, *Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad*, p. 82 e.v.

17. Land, *Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad*, p. 88 e.v.

18. D. Simons, 'Ons burgerrechtelijk delictsrecht', in: *Themis* 1902, p. 38.



ruime uitleg van art. 1401) vorderen (te) snel een strafrechtelijke aansprakelijkheid met zich mee kon brengen.<sup>19</sup>

De tegenstelling tussen Molengraaff en Simons zal als een rode draad door de literatuur, wetsvoorstellen en jurisprudentie over de onrechtmatige daad lopen. De tweespraak tussen de Utrechtse heren wordt tevens een welkome prooi voor het Openbaar Ministerie bij de Hoge Raad. De aanval van Molengraaff op deze rechtspraak en tevens de uitspraken van lagere colleges konden worden gepareerd door te wijzen op de onverbloemde stellingname van Simons, de gezaghebbende redacteur van het *Weekblad*.<sup>20</sup>

Het standpunt van Molengraaff kreeg een geweldig onthaal in de preadviezen die D. Josephus Jitta (1854-1925) en P.J.M. Aalberse (1871-1948) in 1903 over de bestrijding van de oneerlijke mededinging door de wetgever voor de NJV schreven. De betogen van Josephus Jitta en Aalberse waren doorspekt met verwijzingen naar de Duitse wet van 1896, het BGB, de Duitse en Franse rechtspraak.<sup>21</sup> Of zoals Josephus Jitta het zei: 'Wij kunnen voordeel trekken uit de breede, met gezond verstand toegepaste, opvatting der Franschen, nog altijd meesters in wetgevende welsprekendheid, en niet minder uit de streng wetenschappelijke, stelselmatige juridische bouwkunst der Duitschers.'<sup>22</sup>

Bij het bepalen van zijn positie verwees Josephus Jitta naar de strijd tussen Molengraaff en Simons, van de inhoud waarvan hij de vergadering niet op de hoogte behoefde te brengen. Josephus Jitta sloot aan bij Molengraaff. Hij omschreef onrechtmatig als de maatschappelijk afdwingbare zedelijke plicht. Oneerlijke concurrentie is dan hetzelfde als concurrentie door middel van een onrechtmatige daad. De rechter kwam het vrije oordeel toe over het al dan niet aannemen van een dergelijke afdwingbare plicht. Een afdoende onderdrukking van de oneerlijke concurrentie kon op privaatrechtelijk gebied zijns inziens alleen plaatsvinden door een algemene aanduiding. De Duitse literatuur gaf aan dat een opsomming van verboden daden tevergeefs was: 'de list zeilt tussen de regels door'. Naar Josephus Jitta's mening waren de §§ 823 en 826 BGB minder geschikt als voorbeeld voor het opstellen van een nieuwe algemene wettelijke regeling: zij waren te onbepaald. Zo noemde § 826 naast de onzedelijkheid der handeling bijvoorbeeld niet de strijd met een

---

19. Simons, 'Ons burgerrechtelijk delictsrecht', p. 44. Hij stond ook kritisch tegenover de werking van andere artikelen uit het BGB, die als een species van de onrechtmatige daad konden worden beschouwd, zoals § 226 BGB, ten aanzien van rechtsmisbruik (p. 50).

20. Zie bijv. AG Noyon bij HR 2 dec. 1904 (W. 8150) en AG Rethaan Macaré bij HR 24 nov. 1905 (W. 8304: Necec).

21. Aalberse had in 1897 een proefschrift verdedigd met de titel *Oneerlijke concurrentie en hare bestrijding volgens het Nederlandsche recht*. In het preadvies stond - naar hij zelf ook mededeelde - weinig nieuws. Een mooie 'Fundgrube' van voorbeelden voor de preadviseurs was de zojuist verschenen verzameling van ruim 400 uitspraken van Duitse rechters in: F. Birkenbihl, *Der unlautere Wettbewerb erläutert durch die Rechtsprechung*, Hannover 1902.

22. D. Josephus Jitta, 'Moet de Oneerlijke Mededinging door den wetgever worden bestreden?', in: *HNJV* 1903-I, p. 109.

*maatschappelijk afdwingbare* verplichting.<sup>23</sup> De Duitse wet van 1896 en § 824 boden daarentegen wel voldoende aanknopingspunten. Als model voor een nieuwe bepaling was de tekst van § 824 BGB geschikt die kon worden aangevuld met een opsomming van gedragingen die in ieder geval als oneerlijke concurrentie dienden te worden gebrandmerkt, bijvoorbeeld de gedragingen ontleend aan §§ 1 en 6 van de wet van 1896 (onwaarachtige reclame en kwaadsprekerij).<sup>24</sup> Het stichten van verwarring (§ 8 van de Duitse wet) zou als een afzonderlijke bepaling moeten worden opgenomen.<sup>25</sup>

Josephus Jitta heeft zich tevens uitgelaten over de wenselijkheid van een eventuele strafrechtelijke bestrijding. Hij was op dat gebied geen voorstander van ruim geformuleerde bepalingen. Er zouden dan vele grensconflicten ontstaan vanwege de onbepaalde aanduiding van het te straffen feit en dat klemde nu eenmaal op strafrechtelijk gebied.<sup>26</sup>

Naar de mening van Aalberse was de wettelijke bestrijding van de oneerlijke mededinging een voornaam onderdeel van de sociale wetgeving. Hij wenste daarom een zo omvattend mogelijke rechtsbescherming, dus zowel met behulp van het civiele recht als met behulp van het strafrecht. Hij gaf een definitie van oneerlijke concurrentie die in 1915 daadwerkelijk ook de basis van de tekst van een strafrechtsartikel is geworden: het pogen, om door misleiding van het publiek of van de concurrenten, het handelsdebiët te vestigen, te behouden of uit te breiden, ten spijt van anderen.<sup>27</sup> Gelet op de Duitse ervaringen met de strafbepalingen uit de wet van 1896 was Aalberse tegen een specifieke opsomming van gedragingen in de wettekst. Hij wenste daarom zijn algemene en open definitie tot een strafrechtsartikel omgewerkt te zien, zoals minister P.W.A. Cort van der Linden (1846-1935) ook al min of meer had gedaan (het toenmalige ontwerp-art. 326bis Sr). De civielrechtelijke aanpak van oneerlijke concurrentie diende - zoals Molengraaff reeds had verdedigd - te verlopen via een ruime uitleg van art. 1401 OBW, procesrechtelijk aangevuld met de Duitse hulpmiddelen van een verbodsactie en de mogelijkheid tot oplegging van een dwangsom.<sup>28</sup>

Het voorstel van Aalberse tot het opnemen van een algemene strafbepaling stuitte op

23. Bij § 823 was men bovendien afhankelijk van de uitleg van 'sonstig Recht'. Een ruime uitleg leek in Duitsland te overwegen. Josephus Jitta signaleerde dat onder een dergelijk recht ook de zogenaamde persoonlijkheidsrechten werden begrepen, zoals bijvoorbeeld het recht op bedrijf of het recht om in de concurrentiestrijd de vruchten van eigen arbeid te genieten. De omschrijving in § 823 BGB werd dan in beginsel net zo rekbaar en ruim als zijn eigen omschrijving.

24. Deze stijl van wetgeving was reeds eerder door H.L. Drucker (1857-1917) beproefd in zijn ontwerp-wet op de arbeidsovereenkomst. Zie bij wijze van voorbeeld de bepaling van ontslag op staande voet (art. 7A:1639p BW; art. 7:678 BW) of die van kennelijk onredelijke beëindiging (art. 7A:1639s BW; art. 7:681 BW). Zie C.J.H. Jansen-C.J. Loonstra, *Kopstukken arbeidsrecht*, Deventer 1992, p. 39.

25. Josephus Jitta, 'Oneerlijke Mededinging', p. 107 e.v.

26. Josephus Jitta, 'Oneerlijke Mededinging', p. 100 e.v.

27. P.J.M. Aalberse, 'Moet den Oneerlijke Mededinging door den wetgever worden bestreden?', in: *HNJV* 1903-I, p. 134. Aalberse gaf een door zijn katholieke geloof geïnspireerde rechtsgrond voor de wettelijke bestrijding van oneerlijke concurrentie, namelijk schending van de sociale plicht van waarachtigheid, een plicht die hij bij Thomas van Aquino had aangetroffen. Het artikel ter bestrijding van de oneerlijke concurrentie is thans art. 328bis Sr.

28. Aalberse, 'Oneerlijke Mededinging', p. 173 e.v. Zie voor beschouwingen over de dwangsom in die tijd de NJV-pradviezen van Molengraaff en W.Th.C. van Doorn uit 1900.

heftig verzet in de NJV-vergadering. J.A. Levy (1838-1920) sprak van een 'hatelijk', een 'inquisitoriaal', een 'gedrochtelijk' artikel. Hij was voorstander van concrete aanwijsbare delicten, 'strikt bepaald, scherp omlind, streng uitgewerkt, nauwlettend afgebakend'. Anders zou de handelsvrijheid 'aangerand' worden. Levy werd gesteund door A.A. de Pinto (1828-1907) en Simons. Zij wezen op het grote gevaar van rechtsonzekerheid, verbonden aan niet alleen een algemene straf- maar ook aan een dergelijke burgerrechtelijke bepaling.<sup>29</sup>

### 3.2 Naar aanleiding van de Duitse wet van 7 juni 1909 en het Duitse onrechtmatige daadsrecht tot bestrijding van de 'unlautere Wettbewerb'

De Duitse wet van 1909 gaf redacteur Simons een hoofdartikel in het *Weekblad* in de pen over oneerlijke mededinging. Hij begon met een overzicht van de artikelen uit de oude wet van 1896, de hierboven al besproken reeks van bijzondere civiele en strafbepalingen. Deze wet schoot - zo was de *communis opinio* in Duitsland - tekort. Voorts wees Simons op de functie van § 823 I en 826 BGB ter bestrijding van de oneerlijke mededinging. Ook deze bepalingen bleken in de praktijk niet te voldoen. De wettelijke regeling moest naar de overheersende mening in Duitsland nog ruimer worden. En zo kwam § 1 van de nieuwe wet met een 'Generalklausel' tot stand die de uitwassen van het 'unlautere Wettbewerb' de nekslag diende te gaan toebrengen. Dit 'Generalklausel' werd vergezeld door een ruim aantal nieuwe feiten die strafbaar waren gesteld. Simons' commentaar was niet mals. Hij hekelde het feit dat - terwijl er steeds en te allen tijde werd aangedrongen op beperking in de strafwetgeving - de wetgever deze wijze les vergat, zodra hij ertoe overging om een bepaald onderwerp te regelen. Daar kwam nog bij: 'Bedenkelijk lijken ons de inderdaad strenge strafbepalingen tegen handelingen, over welker zedelijke afkeurenswaardigheid bij vele, ook bij volkomen eerlijke kooplieden twijfel zal bestaan.'<sup>30</sup> De Duitse wet hield volgens hem voor de Nederlandse wetgever in ieder geval de waarschuwing in dat de om civiel- en strafrechtelijke bescherming vragende handel niet snel tevreden was. Die vroeg steeds meer. Daarom: 'Niet alles wat uit zedelijk oogpunt afkeuring verdienen kan, moet worden verboden en strafbaar gesteld.'

Ongeveer tien jaar na zijn inwerkingtreding mocht het Duitse onrechtmatige daadsrecht zich verheugen in de verschijning van een Nederlandse monografie. In 1912 verscheen namelijk het proefschrift van W.H. Drucker (1887-1933). Dit werk viel uiteen in twee delen. In deel I gaf Drucker een analyse van §§ 823 en 826 BGB. Hij volgde hierbij nauwgezet de werkwijze van zijn vader H.L. Drucker (1857-1917) en Molengraaff: uit een minitieuze behandeling van een kolossale hoeveelheid rechtspraak werden de werking van de bepalingen

29. Interventie van Levy, De Pinto en Simons, in: *HNJV* 1903-II, p. 110 e.v., 124 e.v., 132 e.v.

30. D. Simons, 'Oneerlijke mededinging', in: *W.* 1910, nr. 8946. Naar aanleiding van het Singer/Ivens-arrest (HR 6 januari 1905, *W.* 8163) had Simons reeds betoogd dat de door de HR bekrachtigde (beperkte) opvatting van de onrechtmatige daad de juiste was en met goede rechtsbeginselen in overeenstemming. Hij vond eveneens dat de wetgever zich ten aanzien van de oneerlijke mededinging niet meer aan zijn taak kon onttrekken. Simons, 'Onrechtmatige daad en oneerlijke mededinging', in: *W.* 1905, nr. 8168.



en het systeem van de wet afgeleid. Bij de bespreking van het begrip 'sonstig Recht' in § 823 I kwam uitvoerig het recht op de ongestoorde uitoefening van het bedrijf aan de orde. Drucker jr. wees op het feit dat in de rechtspraak van het Reichsgericht weinig systeem was te ontdekken. Hij signaleerde dat dit college het recht op bedrijf niet als een persoonlijkheidsrecht zag (ondanks andere geluiden in de literatuur). Bovendien stipte hij aan dat velerlei benadelingen, die als ongeoorloofd dienden te worden beschouwd, niet als rechtsschending waren aan te merken. De houding van het Reichsgericht was dus weinig consequent: wanneer men een bepaald belang als subjectief ('sonstig') recht wilde beschermen, dan diende men ook iedere ongeoorloofde benadeling in verband met dit belang als schending van een recht te beschouwen.<sup>31</sup> De centrale vraag bij de analyse van het Duitse recht in deel I was - dit terzijde - of de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad aan de aanwezigheid van schuld moest worden gebonden. Het Duitse stelsel werd vervolgens in alle aspecten vergeleken met het Franse en Engelse recht. De vergelijking viel niet positief uit voor het Duitse recht. § 823 BGB schoot zijn inziens tekort op het gebied van de algemene vermogensbenadeling. In sommige opzichten bood § 826 BGB dan een afdoende aanvulling, maar in veel andere opzichten niet. Deze bepaling beperkte de schadevergoedingsplicht immers tot opzettelijke benadeling. In de uitleg van het Reichsgericht had overigens 'goede zeden' uit § 826 een dergelijke betekenis gekregen dat het begrip schuld volkomen werd gedekt.<sup>32</sup>

In deel II stortte Drucker zich op de bestrijding van de vermogensbenadeling in de economische strijd, vooral aan de hand van § 826 BGB. Zijn uitgangspunt was dat de rechter in beginsel niet moest ingrijpen in de vrijheid van werknemers- of werkgeversorganisaties om de strijd te voeren met de middelen die zij wensten, mits deze middelen maar geoorloofd waren. De cruciale vraag was dan: wanneer worden de economische strijdmiddelen geacht het geoorloofde te overschrijden? Volgens Drucker diende de rechter bij de beoordeling van deze vraag te letten op het doel, dat met de actie werd nagestreefd en de middelen, die daarbij werden aangewend.<sup>33</sup> Het recht op onbelemmerde uitoefening van bedrijf zag hij als een mogelijk verdedigingsmiddel van een ondernemer in de economische strijd, bijvoorbeeld tegen oproepen tot boycot. Maar dit recht gaf de ondernemer wel een voordeel boven de arbeider: een recht op de vrije uitoefening van zijn arbeidskracht was immers nog niet door het Reichsgericht erkend.<sup>34</sup>

Het proefschrift van Drucker trok in de juridische literatuur ruim de aandacht.<sup>35</sup> Simons prees de auteur voor zijn vele werk. Als algemeen punt van kritiek voerde hij evenwel aan Drucker bij de waardering van de onrechtmatigheid een (te) grote vrijheid liet

---

31. W.H. Drucker, *Onrechtmatige daad. De regeling van het Deutsche Burgerlijk Wetboek getoetst aan de praktijk en vergeleken met het Fransche en Engelsche recht, in het bijzonder in verband met de benadeelingen in den economischen strijd*, 's-Gravenhage 1912, p. 93 e.v. (p. 101).

32. Drucker, *Onrechtmatige daad*, p. 204 e.v.

33. Drucker, *Onrechtmatige daad*, p. 304 e.v.

34. Drucker, *Onrechtmatige daad*, p. 262 e.v.

35. Ik laat de bespreking van J.A. Levy in *Themis* buiten beschouwing.

aan de rechter. Overal waar de schrijver rechtsbescherming noodzaak achtte, liet hij de rechter vrij om door middel van hantering van het schuldbegrip die bescherming mogelijk te maken. Simons voegde hieraan toe dat hij, als meer individualistisch denker, de bezwaren die aan dat vrije rechterlijke oordeel ten aanzien van de individuele rechtszekerheid waren verbonden, zwaarder liet wegen dan het belang van een krachtig georganiseerde rechtsorde.<sup>36</sup> Ook Paul Scholten (1875-1946) had woorden van lof voor Druckers arbeid over. Hij wees er fijntjes op dat het stelsel van § 823 BGB overeenkwam met dat van art. 1401 OBW zoals dat door de Hoge Raad werd uitgelegd: het recht op schadevergoeding hing af van inbreuk op een anders recht of van de aantasting van daarmee gelijk gestelde rechtsgoederen. Bij ons ontbrak alleen nog een bepaling als § 826 BGB. Eén van Scholtens kritiekpunten betrof Druckers bestrijding van het criterium 'inbreuk op een recht' dat laatstgenoemde naast een algemene aansprakelijkheid voor onbehoorlijk handelen overbodig vond. Juist het door het Reichsgericht gecreëerde recht op de onbelemmerde uitoefening van het bedrijf maakte de waarde van dit criterium duidelijk: de rechter behoefde niet meer te treden in een onderzoek naar het bestaan van verkeersregels op dit gebied.<sup>37</sup>

### 3.3 Het wetsontwerp-Regout tot wijziging van het BW omtrent de verbintenis uit onrechtmatige daad

Eindelijk verscheen na lang vruchteloos wachten van de hand van minister van justitie E.R.H. Regout (1863-1913) bij Koninklijke Boodschap van 11 januari 1911 het verbeide wetsontwerp over de uitbreiding van de onrechtmatige daad. Een wetsontwerp, waarmee - zoals terloops in de Memorie van Toelichting werd opgemerkt - de oneerlijke concurrentie met kracht aangevallen kon worden. De onrechtmatige daad werd namelijk als volgt omschreven:

Onder onrechtmatige daad wordt verstaan eene door de schuld des daders veroorzaakte handeling of nalatigheid, in strijd met de openbare orde, met de goede zeden of met de zorg van een goed huisvader.

In de literatuur barstte een geweldige kritiek los op deze omschrijving.<sup>38</sup> Het ligt voor de hand dat § 823 e.v. BGB en de Duitse ervaringen met het onrechtmatige daadsrecht in deze stortvloed aan bezwaren een belangrijke plaats mochten innemen.

---

36. D. Simons, [Bespr. van:] 'W.H. Drucker, Onrechtmatige daad', in: *W.* 1913, nr. 9411, p. 3-4.

37. P. Scholten, [Bespr. van:] 'W.H. Drucker, Onrechtmatige daad', in: *RM* 1913, p. 614 e.v. De aandacht voor (de bescherming van) het bedrijf zou nog enige tijd aanhouden. Zie de Rotterdamse oratie van Drucker *De wettelijke bescherming van het bedrijf* (1917) en het Amsterdamse proefschrift van G. Russel *De onderneming in het privaatrecht* (1919).

38. Een welwillende houding werd aangetroffen bij H.R. Ribbius, 'Eenige opmerkingen over het wetsontwerp tot regeling van de onrechtmatige daad', in: *RM* 1911, p. 550 e.v. Hij vergeleek niet met bijv. het Duitse recht en zijn bespreking blijft dus hier verder buiten beschouwing.

Simons, zijn lezers in het *Weekblad* eraan herinnerend dat hij reeds eerder had geschreven dat een ruime opvatting van onrechtmatige daad de rechtszekerheid zou ondermijnen en aan de rechter een macht zou toekennen die slechts aan de wetgever toebehoorde, vergeleek de nieuwe bepaling vooral ten aanzien van het 'schuldverband' met de §§ 823 en 826 BGB. Voor het Duitse recht was in § 823 BGB de gevorderde schuld ('Vorsatz' of 'Fahrlässigkeit') uitdrukkelijk ook op het gevolg van de onrechtmatige handeling gericht: de schadetoebrenger moest de schending van recht of rechtsgoed als gevolg van zijn handeling hebben gewild. Het nieuwe art. 1401 leek de band tussen schuld en het gevolg van de onrechtmatige handeling te hebben doorgesneden. In vergelijking met § 826 BGB was in art. 1401 het opzet-vereiste niet opgenomen. De Nederlandse wetgever ging dus veel verder dan de Duitse.<sup>39</sup>

In zijn bespreking van de nieuwe wettelijke criteria meende Simons dat het verstandig was ten aanzien van de omschrijving 'strijd met de goede zeden' 'in de leer te gaan bij de Deutsche doctrine en rechtspraak' inzake § 826 BGB. Een vluchtig onderzoek leerde dat het Reichsgericht de Duitse rechtspraak slechts met moeite binnen de 'juiste' grenzen kon houden. De Duitse rechter dreigde menigmaal in de vaak felle economische strijd te worden getrokken en daarmee werden zijn onpartijdigheid en zijn onbevangenheid behoorlijk op de proef gesteld.<sup>40</sup>

Aangezien Simons ook de uitdrukkingen 'in strijd met de openbare orde' en 'in strijd met de zorg van een goed huisvader' van een zeldzame onvastheid en onbepaaldheid vond, gaf hij de wetgever in overweging een zodanige omschrijving te kiezen die tot minder bedenkingen aanleiding gaf.

Uitgesproken fel van toon en heftig in zijn veroordeling was de toenmalige president van de Hoge Raad, A.P.Th. Eyssell (1837-1921). Van Maanen houdt hem (terecht) verantwoordelijk voor de beperkte uitleg van de onrechtmatige daad in de jurisprudentie van de Hoge Raad in de jaren 1905 en volgende.<sup>41</sup> De hoofdgrief van Eyssell was dat het wetsontwerp 'ons volk' zou overleveren aan de rechtsonzekerheid. Hij wees op de richting die de Franse en Duitse rechtspraak waren ingeslagen. Hij maakte gewag van 'juridische uitspattingen'. In de Duitse literatuur werd bovendien op grond van § 157 BGB<sup>42</sup> de rechter opgeroepen om het contractenrecht 'op te ruimen als met een vlammen engelenzwaard van soziologische Jurisprudenz en om, sterk door zijn waarheidsgevoel, eerste in de tweede plaats op hinderlijke wetsparagrafen te letten'. De rechtspraak op § 826 BGB liet zien dat de

---

39. D. Simons, 'Onrechtmatige daad', in: W. 1911, nr. 9139, p. 1. Simons was overigens niet de enige die aanknoopte bij het Duitse recht (§§ 823 en 826 BGB). Dat gebeurde bijvoorbeeld ook in een bespreking van het wetsontwerp in de *Nieuwe Rotterdamse Courant*, het Avondblad van woensdag 3 mei en vrijdag 5 mei 1911.

40. Simons, 'Onrechtmatige daad', nr. 9139, p. 2. Hij verwees ook naar het kritische artikel van Oertmann in de *DJZ* van 1911. De visie van Simons zou een jaar later worden bevestigd door het proefschrift van W.H. Drucker (in par. 3.2. besproken).

41. Van Maanen, *Onrechtmatige daad*, p. 141 e.v.; G.E. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen 1995, p. 38 e.v.

42. Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.



verruiming van het begrip onrechtmatige daad noodlottig was voor de algemene rechtszekerheid en de deur wagenwijd openzette voor subjectieve opvattingen, gevoelsrechtspraak en een stortvloed aan onrechtmatigheidsgedingen. De *lex Regout* bracht Eyssell tot de verzuchting:

‘Rechtszekerheid, waarom bedenkt het tegenwoordig geslacht niet beter hoe  
ONSCHATBAAR haar bezit is?’<sup>43</sup>

Evenals Simons wees Eyssell erop dat de grenzen tussen recht en moraal volledig werden weggevaagd. De omschrijvingen ‘zorg van een goed huisvader’ en ‘in strijd met de goede zeden’ verwezen naar de moraal, het subjectieve gevoel van de rechter. Maar naar welke moraal?

‘Die van den Durchschnittsphilister, waar volgens de rechtspraak van het Reichsgericht op § 826 met de voorafgaande en volgende voorschriften Burg. G. B. volstaan wordt, of die van de Bergrede?’<sup>44</sup>

Wie eiste er nu echter de Bergrede-moraal? Volgens Eyssell waren de idealisten in onze maatschappij talrijker geworden dan men dacht. Waarom zouden zij zich ook niet onder de rechters bevinden? Zoals bijvoorbeeld geheelonthouders, de Christian scientists, de volstreckte vegetariërs, het steeds wassend aantal apostelen van onze opvoeding tot betere burgers door strafwetten, etc. ‘Waag dan nog te betwisten dat voorstanders van Bergrede-moraal zoo talrijk zijn, dat op den regterstoel elk oogenblik zulk een idealist kan plaatsnemen, gereed om de wet Regout te hanteeren ten schade onzer maatschappij.’<sup>45</sup>

Vergeleken met Eyssells betoog was de kritiek van Scholten bijzonder droog en zakelijk. Naar het geldende recht bleek dat onrechtmatige daad in de allereerste plaats inbreuk op een privaatrecht of daarmee gelijkgesteld rechtsgoed was. Het lag volgens Scholten dus voor de hand om als men uitbreiding van de aansprakelijkheid wenste vóór alles het gebied der subjectieve rechten te verruimen. Bij erkenning van een recht op naam door de rechter hadden bijvoorbeeld heel wat gevallen van oneerlijke concurrentie, waarbij nu de benadeelde troosteloos uit de rechtbank was weggestuurd, kunnen worden aangepakt. Het was daarom van groot belang na te gaan hoe de Duitse rechter buiten de wet om het subjectieve

43. A.P.Th. Eyssell, ‘Het wetsvoorstel omtrent de onrechtmatige daad en de rechtszekerheid’, in: *Themis* 1911, p. 610 e.v. (p. 616).

44. Eyssell, ‘Het wetsvoorstel omtrent de onrechtmatige daad’, p. 593.

45. Eyssell, ‘Het wetsvoorstel omtrent de onrechtmatige daad’, p. 595-596. Een meer juridisch bezwaar van Eyssell was dat de goede huisvader-zorg thuishoorde op het terrein van het contractenrecht, het gebied van de reeds geboren, slechts in omvang nader te bepalen verbintenissen en niet als bron van verbintenissen van onrechtmatige daad kon dienen (p. 574 e.v.). Reeds Land, *Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad*, p. 80 e.v. had betoogd dat een begrip als goede trouw niet geschikt was om tot het al of niet bestaan van een verbintenis uit onrechtmatige daad te besluiten. Zie voor een analyse van dit type begrippen: J. van Kuyk, ‘Het ‘behoorlijke’ in het civiele recht’, in: *Tijdschrift voor Privaatrecht, Notariaat en Fiscaalrecht* 10 (1912), p. 101 e.v.

recht op bedrijf in het leven had geroepen. Ieder verkreeg een recht op schadevergoeding, die in de uitoefening van zijn bedrijf werd gestoord.<sup>46</sup> Los van deze wijze van uitbreiding van aansprakelijkheid achtte Scholten een algemene bepaling wenselijk. Het gevaar dat de rechtszekerheid eventueel liep door een dergelijke bepaling, woog zijns inziens op tegen de hogere belangen die met een vernieuwd art. 1401 werden gediend. Met de opsomming van wat onrechtmatig zou zijn, was Scholten evenwel niet erg gelukkig. Kon de omschrijving 'goede zeden' nog door de beugel: zij kwam ook voor in § 826 BGB en had naar zijn indruk na de bestudering van de Duitse jurisprudentie daar niet verkeerd gewerkt, 'de zorg van een goed huisvader' was als criterium ongeschikt. Een plicht tot schadevergoeding vanwege schending van de zorg voor een goed huisvader kwam namelijk in werking op hetzelfde neer als schadeplichtigheid door een aan schuld te wijten handeling. Hieruit vloeide weer voort dat elke vermogensvermindering, elke winstderving, die aan schuld te wijten was, tot schadevergoeding zou verplichten. De bewegingsvrijheid van een individu werd dan wel op zeer omvangrijke wijze aangetast. Het Duitse recht (§ 826 BGB) beperkte de aansprakelijkheid voor ongeoorloofde handelingen tot de gevallen waar de schade door opzet was veroorzaakt. Het opzet-vereiste vormde volgens Scholten een goed correctief op het te snel aannemen van aansprakelijkheid.<sup>47</sup>

Niet alleen in de literatuur werd kritiek uitgeoefend op de omschrijving van de onrechtmatige daad; ook in het Voorlopig Verslag<sup>48</sup> waren de bedenkingen talrijk. Men kon zich met de strekking van het wetsontwerp verenigen, maar de uitwerking was niet vrij van gebreken.<sup>49</sup> Er bestonden grote bezwaren tegen de drie criteria afzonderlijk als tegen hun vereniging. Ik beperk me tot de opmerkingen over de woorden 'strijd met de goede zeden', volgens de Memorie van Toelichting speciaal opgenomen om de oneerlijke mededinging te bestrijden. Een (groot) deel van de kamercommissie vond dat deze uitdrukking de deur onvermijdelijk openzette voor een (te) vergaande rechtsonzekerheid. Men wees op de werking van § 826 BGB in de praktijk. Het risico was aanwezig dat de wetgever hogere eisen zou stellen dan het maatschappelijk leven zelf. Ter wille van de concurrentie werden voortdurend mededelingen gedaan die niet volledig strookten met de waarheid. Maar dat mocht niet de consequentie hebben dat elke gedraging tot een vordering uit onrechtmatige daad zou aanleiding geven. Werd ook de persvrijheid niet al te zeer bedreigd? Daarom was toch het gevoel van een groot aantal kamerleden dat de 'goede zeden' aan art. 1401 een te wijde

---

46. P. Scholten, 'Burgerlijk onrecht...Wenschelijke wetswijziging', in: *WPNR* 1911, nr. 2158, p. 213-214.

47. Scholten, 'Burgerlijk onrecht', p. 215-216. Het BGB vormde voor Scholten een vruchtbare inspiratiebron. Zie ten aanzien van zijn introductie van de 'zakelijke overeenkomst' in ons recht: J.H.A. Lokin, 'Asser's Handleiding en de rechtspraak', in: *WPNR* 1996, nr. 6207, p. 31 e.v.

48. Afgedrukt in *W.* 1912, nr. 9312.

49. Leden van de kamercommissie hadden zich op dit punt reeds eerder publiekelijk in de kamer uitgelaten. H.L. Drucker bijvoorbeeld had in de algemene beschouwingen over de justitiebegroting voor het jaar 1905 de beperkte uitleg van art. 1401 OBW 'niet minder dan een nationale ramp' genoemd en wenste dat voor schade veroorzaakt door onbehoorlijk, onbetamelijk of onzedelijk gedrag een schadevergoedingsplicht in het leven werd geroepen (*W.* 1905, nr. 8304).

strekking zou geven. Dat klemde des te meer, wanneer de rechter vragen zou moeten beantwoorden die betrekking hadden op de economische strijd. Men signaleerde dat in Duitsland in verband met § 826 BGB stemmen opgingen tegen het gebruik van de term 'gute Sitten'. Andere kamerleden wezen er weer op dat de rechtspraak volgens de Duitse wet juist op het zo moeilijke gebied van de economische strijd tot bevredigende resultaten was gekomen. Enkele leden waren - evenals Scholten - van mening dat indien strijd met de goede zeden als criterium werd gehandhaafd, de bepaling moest worden beperkt tot opzettelijk begane feiten, zoals § 826 BGB ook deed. De minister van justitie ad interim Th. Heemskerk (1852-1932) verdedigde zo goed en kwaad als het kon het ontwerp van Regout. Hij liet uiteindelijk de omschrijvingen 'in strijd met de openbare orde' en 'in strijd met de zorg van een goed huisvader' vallen. Ten aanzien van 'in strijd met de goede zeden' stelde hij dat er ten onrechte werd gewezen op § 826 BGB. De omschrijving was ook reeds in ons eigen recht bekend (zie bijvoorbeeld art. 1373 OBW) en niet was bewezen dat deze omschrijving naar Nederlands recht dezelfde betekenis had als 'gute Sitten' naar Duits recht. Aan een beroep op de Duitse ervaringen in de rechtspraak kon dus weinig waarde worden toegekend voor de Nederlandse situatie.<sup>50</sup>

Naar aanleiding van de vele kritiek werd in 1913 een gewijzigd wetsontwerp gepubliceerd, van de hand van genoemde Heemskerk. Hij sloot voor de omschrijving van de onrechtmatige daad - met handhaving dus van de omschrijving 'strijd met de goede zeden' - aan bij de formulering van Molengraaff.<sup>51</sup> Eyssell volhardde in zijn volstrekt afwijzende houding en klom nogmaals in de pen. Hij bleef vrezen voor een onbeperkte heerschappij van het rechterlijk subjectivisme, de rechterlijke willekeur en de soevereine wetsminachting.<sup>52</sup>

'Aan den regter carte blanche geven om vast te stellen waar het *onregtmatische* verzuim verzuim begint met de sanctie van vergoedingspligt, is hem maken tot wetgever. Dientengevolge tevens den regter in staat stellen tot sociale tirannie, wijl door *zijn* "sociaal" inzicht bepaald zal worden wat in het onderling verkeer wel betamende zorgvuldigheid zal zijn.'<sup>53</sup>

Naar de mening van Eyssell was het gevolg dat de rechter in het midden van de economische strijd gedrongen werd, het strijdveld waarbuiten het Reichsgericht juist de toepassing van § 826 BGB poogde te houden. Het gevaar voor rechterlijke willekeur achtte Eyssell des te

50. Zie 'Voorlopig Verslag', in: W. nr. 9312, p. 3-4. De Memorie van Antwoord werd gepubliceerd in W. 1913, nr. 9459.

51. Zie verder Van Maanen, *Onrechtmatige daad*, p. 76 e.v.

52. Hij herhaalde nog eens de tirade uit zijn eerder artikel ten aanzien van 'de opvattingen van Herr Fuchs en zijne medestanders, die den regter door § 826 Duitsch B.W. of den eisch van Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157, 242) geroepen achten om met het vlammend zwaar, *flamantia moenia* niet van den toorn maar van eene soziologische Jurisprudenz, opruiming te houden onder alle anti-sociaal contractengedoe.' Zie Eyssell, 'Sartor Heemskerk Resartus', in: *Themis* 1913, p. 476.

53. Eyssell, 'Sartor Heemskerk Resartus', p. 486.



groter, omdat het in de bedoeling lag - evenals bij de arbeidsovereenkomst - de kantonrechter tot de competente rechter te maken.<sup>54</sup>

### 3.4 Het wetsontwerp-Aalberse tot aanvulling van het Wetboek van Strafrecht ter bestrijding van de oneerlijke mededinging

Het thema van de bestrijding van de oneerlijke mededinging heeft als een rode draad door het werkzame leven van Aalberse, vanaf 1903 lid van de Tweede Kamer en in 1918 onze eerste minister van Arbeid, gelopen. De wetgevende inertie op dit gebied heeft hem blijkbaar zo dwarsgezeten dat hij, gebruikmakend van het aan de Tweede Kamer toekomend recht van initiatief, een hernieuwd<sup>55</sup> voorstel van art. 326bis Sr. heeft ingediend. Voor de theoretische onderbouw van zijn ontwerp verwees hij onder meer naar zijn proefschrift en zijn NJV-pleadvies. Hij beriep zich op de gevoelens van de 'handeldrijvende en industriele' middenstand ter ondersteuning van zijn opvatting dat alleen een civielrechtelijke bepaling ter beteugeling van de ongeoorloofde mededinging tekort zou schieten en een strafbepaling dus noodzaak was. Hij presenteerde zijn wetsvoorstel wederom als een onderdeel van de sociale wetgeving. Het nieuwe artikel was dus niet te beschouwen als een aantasting van de persoonlijke vrijheid van iemand, maar als brenger van harmonie tussen de vrijheid van de een en die van de ander. Het artikel luidde als volgt:

Hij, die, om zijn handelsdebet te vestigen, te behouden of uit te breiden, eenige handeling pleegt tot misleiding van het publiek of van een bepaald persoon, wordt, indien daaruit eenig nadeel voor zijn concurrenten kan ontstaan, als schuldig aan oneerlijke mededinging, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar, of geldboete van ten hoogste negenhonderd gulden.

In de visie van Aalberse kwam de bestrijding der oneerlijke concurrentie - evenals in Duitsland - in hoofdzaak neer op bestrijding van de oneerlijke reclame.

In de discussies over dit ontwerp speelden twee algemene punten: de wijze van bestrijding (civielrechtelijk of strafrechtelijk?) en het karakter van de bepaling (algemeen of

---

54. Een typerend voorbeeld van almacht van de rechter werd naar Byssells mening aangetroffen in een uitspraak van de Amsterdamse kantonrechter Th.I.B. Hiltermann (21 febr. 1913, W. 9428). Hij beschouwde een staking niet als dringende reden voor ontslag op staande voet, omdat deze i.c. in de eerste en voornaamste plaats gericht was op lotsverbetering van de typografen in Amsterdam, zijnde een 'uit moreel en sociaal oogpunt te rechtvaardigen doel', gelet op de in Amsterdam sterk stijgende woonlasten en de betrekkelijk lage lonen. Hiltermann week met dit standpunt overigens niet af van de genuanceerde benadering die met name de Amsterdamse kantonrechters voorstonden, maar wel van de heersende lijn onder de Nederlandse kantonrechters. Zie C.J.H. Jansen-C.J. Loonstra, 'Rechterlijke beslissingen inzake de Wet op de Arbeidsovereenkomst: intermediair tussen Sociaal Weekblad en Sociaal Maandblad Arbeid', in: *SMA* 1990-6, p. 368.

55. Het ontwerp-artikel 326bis Sr. van Cort van der Linden, bijgesteld en opnieuw ingediend door J.A. Loeff (1858-1921), ging vooraf aan het hier te bespreken ontwerp van Aalberse.

bijzonder?).<sup>56</sup> Aalberse koos principieel voor een algemene strafbepaling. Hij wees ter ondersteuning van zijn standpunt naar de Duitse wetgeving. Ten aanzien van de noodzaak van een strafbepaling voerde hij onder meer aan dat het burgerlijke recht in het geval dat de oneerlijke mededinging zich niet richtte tot een bepaald persoon, weinig baat kon brengen, terwijl deze uitwas wel schadelijk was vanuit het algemeen belang. Het rechtsleven werd immers ondermijnd en de rechtsorde geschonden. Ter onderstreping van de noodzaak van een algemene bepaling gebruikte hij het beeld van Proteus: de oneerlijke mededinging nam iedere keer weer andere vormen en gedaanten aan, zodat een opsomming van specifieke gedragingen tekort zou schieten. Ook in Duitsland was die ervaring opgedaan.<sup>57</sup>

Het was opnieuw Simons, die zich zette tot een uitvoerig commentaar. Het wetsontwerp-Aalberse kon allerminst zijn goedkeuring wegdragen. Hij hekelde met name het algemene karakter van de strafbepaling. Een nauwkeurige begrenzing van de door straf te handhaven norm zag hij als een eis van rechtvaardigheid en goede strafrechtspolitiek. Een vage, onzekere strafbepaling riep een dergelijke mate van rechtsonzekerheid in het leven, die althans op het terrein van het strafrecht zeker ontoelaatbaar was. Aalberse had bij het opstellen van zijn artikel, zo leek het, het tegendeel van de rechtszekerheid op het oog gehad. Zelfs de Duitse wetgever had het bij de herziening van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb uit 1896 in 1909 niet aangedurfd om een *algemene* strafbepaling in te voeren, terwijl in § 1 wel een algemene civielrechtelijke bepaling werd afgekondigd. Simons had een voorkeur voor de uitsluitend burgerrechtelijke bestrijding. Het strafrecht behoorde subsidiair recht te blijven.<sup>58</sup>

Uit het Voorlopig Verslag kwam naar voren dat ook onder de kamerleden twijfels bestonden over de noodzaak van een algemene strafbepaling. Aalberse stelde een bijzonder uitvoerige Memorie van Antwoord op. Hij behandelde de wetgeving en literatuur uit Duitsland, Frankrijk en Zwitserland om aan te tonen dat alleen een civielrechtelijke bestrijding van de oneerlijke mededinging onvoldoende soelaas bood. Met een beroep op Kohler werd de taak van de strafwetgever onderstreept:

‘Wie der Handel in seinem individualistischen Betrieb zugleich eine soziale Seite hat, so hat der unlautere Wettbewerb, obgleich in die Persönlichkeit eingreifend, zugleich eine antisoziale Natur, antisozial nicht nur in dem Sinne, wie alles rechtswidrige Handeln antisozial ist, sondern auch in dem Sinne, daß die Verletzung in vielen Fällen eine Menge von Persönlichkeiten trifft, also einen gemeingefährlichen Charakter

56. Uiteraard was er ook verzet tegen Aalberse's rechtsgrond van de wettelijke bestrijding, de sociale plicht van waarachtigheid. Maar dat had weinig praktisch effect. Cort van der Linden en Loeff hadden zich overigens aangesloten bij de vooral door Kohler verdedigde leer dat oneerlijke mededinging een inbreuk op een persoonlijkheidsrecht (zich in een eerlijke wedkamp naar eigen vermogen te doen gelden) is.

57. Het voorstel staat afgedrukt in: W. 1914, nr. 9599. A. Pepe heeft al het materiaal met betrekking tot wat de Wet-Aalberse van 2 augustus 1915 zou worden, verzameld in een zelfstandige uitgave (Leiden 1915).

58. D. Simons, ‘De voorgestelde strafbepaling tegen de oneerlijke mededinging’, in: W. 1914, nr. 9619.

annimmt.<sup>59</sup>

Aalberse riep vervolgens de overal opgedane treurige ervaring in herinnering, dat waar men ter bestrijding van de oneerlijke concurrentie zijn toevlucht had genomen tot specifieke bepalingen, het kwaad op een andere wijze of in een andere vorm weer de kop had opgestoken. De Duitse wetgever had daarom - anders dan Simons deed voorkomen - § 4 van de wet van 1909 als een algemene strafbepaling opgevat.<sup>60</sup>

Simons voelde zich, toen aanneming van het wetsartikel in de Tweede Kamer dreigde, geroepen om zijn teleurstelling uit te spreken:

‘Doch het is misschien niet te veel gevergd, wanneer men van den wetgever verlangt, dat hij, als hij eene strafbepaling vaststelt, weet wat hij verbiedt, en waartegen zijne strafbepaling zich richt. Tot dusverre bleef die vraag in het duister. Oneerlijke mededinging is een veelhoofdig monster. De Deutsche strafwet van 7 juni 1909 "gegen den unlauteren Wettbewerb" kent eene reeks van strafbepalingen tegen allerlei zeer onderscheiden handelingen, welke tezamen geacht kunnen worden een beeld te geven van de oneerlijke mededinging in hare zeer verschillende schakeeringen. Wat van al die handelingen valt wel, wat niet onder de ontworpen strafbepaling? Het zou de moeite loonen dit te onderzoeken en vast te stellen. Het zou dan zeer waarschijnlijk blijken, dat de thans zoo hooggeprezen formule deel te weinig, deels te veel geeft.’<sup>61</sup>

Simons liet er meteen een waarschuwing op volgen. Het geroep om nieuwe voorschriften zou niet ophouden. Het Duitse voorbeeld sprak boekdelen. Eerst de wet van 27 mei 1896, toen § 826 BGB en vervolgens § 1 van de wet van 7 juni 1909. Was deze laatste bepaling voldoende? Antwoord: misschien. Het wetsvoorstel van Aalberse is uiteindelijk als art. 328bis in ons Wetboek van Strafrecht terechtgekomen.

De sombere woorden van Simons lijken niet te zijn uitgekomen. W.H. Drucker schreef naar aanleiding van Lindenbaum/Cohen dat de bestrijding van de oneerlijke concurrentie stond of viel met Molengraaffs interpretatie van art. 1401 OBW. Het was een argument eerst voor de ruime uitleg van het bestaande art. 1401, later voor de indiening van een nieuw artikel. Na de invoering van de wet-Aalberse verflauwde zijns inziens de aandacht voor het ontwerp tot wijziging van art. 1401. Door plaatsing in het Sr. leverde de oneerlijke mededinging een onrechtmatige daad in het burgerlijke recht op.<sup>62</sup> Blijkbaar was art. 328bis Sr. dus in de bestrijding van oneerlijke mededinging tamelijk succesvol. Verdere afhandeling hoefde niet meer zo nodig, zeker nu een wereldoorlog andere prioriteiten voorop deed stellen. Toch dekte art. 328bis Sr. naar W.H. Druckers mening niet alle gevallen van

---

59. Kohler, *Der unlautere Wettbewerb*, p. 25. ‘Voorloopig Verslag’, in: W. 1914, nr. 9638. ‘Memorie van Antwoord’, in: W. 1915, nrs. 9732-9733.

60. ‘Memorie van Antwoord’, in: W. 9732, p. 3-4.

61. D. Simons, ‘Oneerlijke mededinging’, in: W. 1915, nr. 9767.

62. W.H. Drucker, ‘Onrechtmatige daad, naar aanleiding van het arrest van den Hoogen Raad van 31 januari 1919’, in: *RM* 1919, p. 336.



oneerlijke mededinging, bijvoorbeeld de omkoping van een kantoorbediende van de concurrent door een koopman (of, zo vraagt de huidige lezer zich af als hij de tijdstippen bekijkt, viel deze omkoping van de kantoorbediende nog net vóór de inwerkingtreding van de wet-Aalberse?)<sup>63</sup> Hoe het ook zij, de Hoge Raad greep in ieder geval het geval aan om zichzelf eeuwige roem in de juridische wereld te bezorgen.

#### 4 Slotopmerkingen

De rechtsgeleerde wereld ontving met algemene instemming het arrest van de HR dd. 31 januari 1919, dat onder de naam Lindenbaum/Cohen de geschiedenis zou ingaan.<sup>64</sup> De opsteller van het arrest was B.C.J. Loder (1849-1935), benoemd tot lid van de HR op 15 december 1908.<sup>65</sup> Hij had zich reeds in het verleden negatief uitgelaten over de beperkte uitleg van art. 1401 in verband met de bestrijding van oneerlijke concurrentie. Hij prees in een boekbespreking van Molengraaffs *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche Handelsrecht* de vermelding van recente rechtspraak, als bijvoorbeeld 's Hoogen Raads arrest van 6 januari 1905 betreffende de oneerlijke concurrentie, waaraan in dit verbeterblad de schrijver, *m.i. terecht*, een bitter woord van teleurstelling toevoegde'.<sup>66</sup> Simons permitteerde het zich om enige twijfel te blijven koesteren over het antwoord op de vraag of de gevolgen van het arrest zo zegenrijk zouden zijn als iedereen zei. Hij wees daartoe op het feit dat de beslissing anders kon zijn uitgevallen, wanneer de kamer anders was samengesteld.<sup>67</sup> Simons hoopte dat men niet zou vergeten, dat nooit méér verschil van mening had bestaan over wat in het maatschappelijk verkeer betaamde als in zijn tijd. De rechter, verplicht om in de strijd der meningen partij te kiezen, werd daarmee op een voor de objectieve indruk van zijn rechtspraak gevaarlijke weg.

63. Naar de mening van W.H. Drucker was art. 328bis Sr. niet van toepassing op de casus in Lindenbaum/Cohen. Het is echter onduidelijk, of het door Cohen begane strafbare feit van omkoping al onder de werking van het nieuwe art. 328bis Sr. viel. Het vonnis van de Rechtbank Amsterdam is namelijk van 24 januari 1916. In de uitspraak van Hof en HR kwam wel de eventuele toepasselijkheid van de artt. 272 en 273 Sr. ter sprake. Uit Lindenbaum/Cohen werd bovendien (opnieuw) duidelijk dat ook het begrip 'rechtsplicht' eng werd geïnterpreteerd. De bediende schond zijn rechtsplicht uit arbeidsovereenkomst door geheimen te verkopen (zie artt. 7A:1639d en 1639p sub 9 BW), maar de uitlokking van dit niet door de wet gewenste gevolg werd in geen enkele wetsbepaling verboden (arrest Hof Amsterdam 18 maart 1918).

64. W. 10365; NJ 1919, p. 161.

65. Zie F.C.J. Ketelaar, 'De schepping van het arrest Lindenbaum-Cohen', in: U.W. Bentinck e.a. (red.), *Kabaal in Holland* (B.J. Asscher-bundel), Arnhem 1993, p. 15 e.v.

66. B.C.J. Loder, [Bespr. van:] 'Molengraaff, Leidraad, [etc.]', in: W. 1905, nr. 8244, p. 4. Loder en Molengraaff zouden elkaar vanaf 1918 regelmatig tegenkomen in de Vereniging Handelsrecht.

67. Dat was inderdaad goed mogelijk. Tegenover Loder stond bijvoorbeeld C.O. Segers (1866-1933), die eveneens aan het arrest had meegewerkt. Deze had de Utrechtse oratie van C.W. Star Busmann (1877-1966) fel gehekeld in een recensie in *Themis* (1918, p. 123 e.v.). Hij waarschuwde voor het gevaar dat subjectieve opvattingen van de rechter te veel op de voorgrond zouden treden en eiste dat de rechter volgens de wet moest rechtspreken, niet praeter legem, niet contra legem, maar secundum legem. Loder besprak daarentegen de oratie van Star Busmann in *RM* (1917, p. 549 e.v.) positief. Hij wilde in de rechterlijke vrijheid een heel eind meegaan; waar Star Busmann echter rechtspraak contra legem leek toe te staan, dan 'is dit toch iets te los' volgens Loder.

‘Uitdrukkingen, als hier worden gebezigd, zijn niet slechts bedenkelijk voor de individuele rechtszekerheid, doch vooral ook en in zeer hoge mate voor den indruk van onpartijdigheid, dien de rechtspraak moet blijven vestigen. Men denke in zijn ijver voor de goede zaak en onder den drang van zijn eigen rechtsgevoel niet al te licht over het gevaar, waarop wij hier wijzen. (...) Dat gevaar zal zich sterk openbaren bij alle vragen omtrent goede zeden, waarbij politieke, economische, maatschappelijke belangen sterk tegenover elkander staan.’<sup>68</sup>

Om tenminste nog enige vastheid van recht te krijgen sprak Simons als zijn voorkeur uit dat de wetgever de ‘formule’ van Molengraaff in de wet opnam. Tegelijkertijd zou daarin overgangsrecht moeten worden opgenomen om de proceslust in te dammen.<sup>69</sup> Ook deze wens van Simons is echter niet verhoord. Op 23 oktober 1928 deelde minister van Justitie J. Donner (1891-1981) de Tweede Kamer mede dat het wetsontwerp uit 1911/1913 was ingetrokken.<sup>70</sup>

Uit het bovenstaande komt naar voren dat het Duitse onrechtmatige daadsrecht en de Duitse wetten ter bestrijding van de oneerlijke mededinging een grote invloed op de Nederlandse discussies hebben gehad.<sup>71</sup> Zij werden herhaaldelijk als voorbeeld en inspiratiebron gebruikt. Ook dienden zij ten aanzien van onze wetsvoorstellen als ijkpunt. Dat wilde niet zeggen dat iedere Duitse constructie in Nederland even veel weerklank kreeg. De aandacht voor het recht op de onbelemmerde uitoefening van het bedrijf ebde snel weg, omdat eventuele vormen van oneerlijke concurrentie, die via dit nieuwe subjectieve recht konden worden aangepakt, in Nederland onder de werking van de ruime uitleg van art. 1401 OBW vielen en via de zorgvuldigheidsnorm werden bestreden.<sup>72</sup>

Tegelijkertijd met het Duitse recht werden ook de Duitse discussies over rechtsvinding, met name ten aanzien van de vrijheid van de rechter ten opzichte van de wet, binnengehaald. Niet alleen in Duitsland maar ook in Nederland leefde de grote bezorgdheid dat te veel vrijheid voor de rechter zou leiden tot rechtsonzekerheid en een afkalving van de individuele vrijheid. De opvattingen van de *Freirechtsschule* waren een spookbeeld voor menig jurist.

---

68. D. Simons, ‘Onrechtmatige daad’, in: *W.* 1919, nr. 10368.

69. D. Simons, ‘Het ontwerp op de onrechtmatige daad’, in: *W.* 1919, nr. 10380.

70. In 1928 werden wel de artt. 1416a-d OBW ingevoerd die een aansprakelijkheid in het leven riepen voor het verspreiden van een misleidende prospectus. Deze artikelen zijn in 1980 vervangen door een drietal nieuwe bepalingen. Inhoudelijk is art. 1416a gelijk aan art. 6:194 BW, dat het openbaar maken van misleidende mededelingen omtrent goederen en diensten in de uitoefening van een beroep of bedrijf onrechtmatig verklaart. Dit artikel heeft overigens niet alleen de strekking de belangen van concurrenten te beschermen, maar ook van consumenten.

71. Van Maanen, *Onrechtmatige daad*, p. 132 noot 10 merkt op dat uit de arresten van de HR 6 januari 1905 (Singer-Ivens) en 24 november 1905 (Necce) niet blijkt van een concrete invloed van § 823 BGB op de uitspraken. Dat is waar, maar het is eveneens zo dat het Duitse recht het vanzelfsprekende referentiekader vormde voor de Nederlandse juristen waarvan niet altijd expliciet verantwoording behoefde te worden afgelegd.

72. Zie reeds L.E. Visser-J.G. Kist, *Beginnelen van handelsrecht volgens de Nederlandsche wet*, I, derde druk, 's-Gravenhage 1904, p. 140-142. Ook Visser zou als lid van de HR aan Lindenbaum/Cohen meewerken. Zijn standpunt is dus eveneens min of meer duidelijk.

Eyssell was geen eenling in zijn strijd tegen een ruime opvatting van art. 1401 OBW. Hij genoot steun van Simons, De Pinto, Segers en anderen.<sup>73</sup> Simons heeft gedurende bijna zijn hele carrière de ruime opvatting van Molengraaff bestreden. Nu speelde ongetwijfeld een rol dat hij van specialisatie strafrechtsjurist was. Juist op dat gebied werd de rechter door art. 1 Sr. aan grenzen gebonden.<sup>74</sup> Door de introductie van open normen in het privaatrecht en door de opkomst van de sociale wetgeving was de rechter verplicht stelling te nemen in kwesties die een duidelijk politiek karakter hadden, en dat in tijden waar de gisting groot was, de partijvorming zich nog aan het voltrekken was, de meningsvorming onder juristen niet uitgekristalliseerd was.<sup>75</sup> Het was de taak van de wetgever om de principiële keuzes te maken en niet die van de rechter. De verworvenheden van de liberale rechtsstaat, rechtsgelijkheid, een onafhankelijke rechterlijke macht en rechtszekerheid, stonden op het spel. Vandaar dat de volgende leus onder een hele schare van juristen een ongekende populariteit mocht genieten:

optima lex quae judici minimum relinquit

C.J.H. JANSEN

GRONINGEN

---

73. Zie C.J.H. Jansen, *Van Struycken tot Telders*, Zwolle 1992, p. 93 e.v.; Corjo Jansen-Mea de Ruiters, 'Het Algemeen deel: Asser-Scholten en Asser-Vranks in rechtshistorisch perspectief', in: *Recht en kritiek* 1996-1, p. 14 e.v.

74. Het gevaar van de toekenning van een grote vrijheid aan de rechter op strafrechtelijk gebied werd pijnlijk duidelijk in de jaren dertig van onze eeuw. Zie J.H.A. Lokin en C.J.H. Jansen, *Tussen droom en daad*, Zwolle 1995, p. 197 e.v.

75. De bestrijding van de oneerlijke concurrentie werd bovendien als een onderdeel van de sociale wetgeving gepresenteerd. Dit vergrootte de populariteit van de maatregelen onder een bepaald segment van de juristen niet. Er bestonden nog steeds fundamentele bezwaren tegen de sociale wetgeving. Zie R. Pieterman, *De plaats van de rechter in Nederland 1813-1920*, Arnhem 1990, p. 198-200; Jansen-Loonstra, *Kopstukken arbeidsrecht*.